

LA CONSTITUCIONALIZACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO (*)

POR
FERNANDO GARRIDO FALLA

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema; Indemnización expropiatoria y responsabilidad patrimonial:* 1. Los límites a la irresponsabilidad; el Fisco y los *iura quaesita*. 2. Los supuestos indemnizatorios. 3. La coexistencia de sistemas en el Derecho español.—II. *La responsabilidad patrimonial no expropiatoria:* 1. La recepción del Derecho civil. 2. El sistema anglosajón. 3. El sistema alemán. 4. El sistema francés: etapas de su evolución y supuestos de responsabilidad.—III. *La responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español:* 1. Los precedentes. 2. Del Código Civil a la Constitución de 1978.—IV. *La coexistencia de las varias causas de responsabilidad en el Derecho español:* 1. Análisis del artículo 40 LRJ: cuadro general de supuestos de responsabilidad. 2. Responsabilidad por actos administrativos ilegales. 3. El funcionamiento *anormal* del servicio público. 4. Supuestos que cubre el funcionamiento *normal*. 5. El riesgo objetivo. 6. Responsabilidad por actos no fiscalizables en vía contenciosa (o no anulables).—V. *A modo de conclusión.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Si la doctrina jurídica española se ha podido lamentar del escaso desarrollo que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el instituto de la responsabilidad civil por contraste con el, a nuestro juicio, «desorbitado» que tiene en el derecho anglosajón, esta queja no puede extenderse paradójicamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Sorprende, en efecto, la vitalidad de una institución que para llegar al momento actual ha tenido que superar una situación inicial absolutamente adversa. La vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona: *The King can do not wrong*), explicable dentro del contexto del «origen divino del poder», mantiene todavía su vigencia cuando los poderes absolutos del príncipe han sido heredados por la soberanía nacional. A fines del siglo XIX aún pudo decir LAFERRIE-

(*) Este trabajo ha sido escrito para el *Libro-homenaje al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA* con motivo de su jubilación.

RE: «Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación.»

Sin embargo, resulta necesario subrayar que es precisamente durante la denominada etapa del Estado-policía (*Polizeistaat*) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder. La incongruencia que significaba afirmar, de una parte, la inmunidad del poder y, de otra, el derecho a reclamar indemnizaciones por su ejercicio, fue resuelta por los juristas de la época mediante la espléndida construcción teórica del *Fisco*. Como ha explicado O. MAYER (1), el *Fisco* no representaba sino un lado del Estado; pero este lado se reconocía y configuraba como «persona moral» mucho antes que, para el resto de su existencia, se concediese tal cualidad al Estado. La doctrina del *Fisco* consigue así un fin que, de otra forma, se hubiese considerado disparatado en su época: llevar al Estado a los Tribunales. En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular; pero las consecuencias de la doctrina del *Fisco* no se contraen a lo anterior. Lo difícil no es encontrar aplicación al Derecho civil en los casos en que el Estado compra, vende o se obliga. Lo importante fue encontrar fórmulas jurídicas para aquellos momentos en que el Estado *mandaba*, bien que sus mandatos tuviesen repercusión pecuniaria. Así, el Estado expropiaba al propietario, pero al mismo tiempo se imponía al *Fisco* la carga de indemnizar con dinero; o cobraba dos veces una contribución, y entonces se permitía accionar *condictio indébitis* contra el *Fisco*; en resumen, cada vez que el Estado impone coactivamente al súbdito un sacrificio especial, el *Fisco*, en virtud de una regla general de Derecho, se convierte en deudor de una justa indemnización, para cuyo pago se le puede emplazar ante un Tribunal de Justicia (2).

Esta es la explicación aceptada, con matices, por la generalidad de la doctrina alemana. FLEINER, por ejemplo, pone el acento en la teoría de los *iura quaesita* que vienen, en tiempos del Estado-policía, a proteger al súbdito contra las actuaciones soberanas en tiempos en que no existían otras garantías jurídicas. Está aquí la base del concepto de «garantía de la propiedad privada», que impide la expropiación sin indemnización y que termina por elevarse a teoría general

(1) *Le droit administratif allemand*, trad. fr., t. I, pág. 56.

(2) O. MAYER, *op. cit.*, págs. 50 a 60.

y a su recepción, siglos después, en la Constitución de Weimar (3).

Por su parte, FORSTHOFF (4) ha observado que la limitación del *ius eminens* por los *iura quaesita* es una situación que permanece hasta el siglo XVIII, en el que el *ius eminens* cedió su puesto al Derecho policial, en su amplia acepción de *cura promovendae salutis*, a cuya idea obedecían los parágrafos 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht*, de Prusia, que, después de declarar el sometimiento de los derechos particulares al bien común, establecía la obligación estatal de «indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto obligado a sacrificar al bien de la Comunidad».

2. Hay que advertir, pues, que, desde el punto de vista histórico la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento, y posterior expansión, de la teoría de la indemnización expropiatoria (y quizá esto explique que nuestro propio Derecho positivo sobre responsabilidad patrimonial tenga sus recientes antecedentes en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa). Empero el desarrollo independiente de estas dos teorías hubo de ser necesariamente advertido y explicado por la doctrina. FORSTHOFF afirma tajantemente que «la reparación de los daños causados por actividades del poder público del Estado es *diferente*, tanto en su fundamento jurídico como en su naturaleza, según que el acto sea lícito o ilícito». Ahora bien, como no todos los casos están incluidos en esta dicotomía, propone adoptar la siguiente división tripartita: 1) reparación por acto delictivo o ilícito (responsabilidad del Estado, *Staatshaftung*); 2) indemnización (*Entschädigung*) por acto no delictivo y lícito (expropiaciones y cargas particulares) y, en fin, 3) indemnización por riesgo.

En la doctrina francesa, donde la distinción entre indemnización y responsabilidad no ha sido elaborada, nos encontramos, sin embargo, con la aguda intuición de HAURIOU, que distingue los siguientes supuestos de responsabilidad: 1) responsabilidad por falta (*faute de service*); 2) responsabilidad por riesgo objetivo; y 3) responsabilidad por *enriquecimiento indebido*, que abarca los supuestos de indemnización por los «daños causados por el ejercicio normal de los derechos del poder público» (5).

(3) FLEINER *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp., págs. 238 y ss.

(4) *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., pág. 435.

(5) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, ed. 1927, págs. 308, 309 y 335.

Pero, sin duda, ha sido la doctrina italiana la que ha puesto particular énfasis en distinguir los supuestos de indemnización que tienen su origen en actividad lícita o en actividad ilícita del Estado. Lo que se ha venido a subrayar es el distinto título jurídico en virtud del cual se puede exigir una indemnización a la Administración Pública, en función precisamente del carácter legítimo o no de su actuación. Interesa separar, en primer lugar, aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular se realiza por la Administración *legítimamente*, es decir, el daño que el particular sufre no es en ningún caso la consecuencia de una actividad administrativa ilegal, lo que significa simultáneamente que el particular está obligado a soportar dicha actividad administrativa; en compensación surge su derecho a reclamar una indemnización compensatoria. Su fundamento se encuentra en la idea jurídica de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el «sacrificio especial sin indemnización»; fundamento que se fortalece en aquellos casos en que el sacrificio del derecho determina, además, una transferencia coactiva de propiedad, o de simple uso o disfrute, a favor de la Administración; pues aquí se añade al fundamento anterior este otro que constituye un principio general del Derecho: el enriquecimiento sin causa que la Administración Pública experimenta en su patrimonio o medios. Estamos en presencia de las indemnizaciones expropiatorias.

Por el contrario, la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad administrativa ilícita o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello, lo cual se corresponde —como la otra cara de la misma moneda— con la ausencia de una obligación legal, por parte del dañado, de soportar el daño (6). Dicho de otra forma: actividad lícita de la Administra-

(6) ALESSI, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 1939, 3.ª ed., 1955, pág. 477. GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956) entiende que la inclusión de los supuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la Ley de Expropiación forzosa «no puede entenderse como un convencionalismo sistemático, forzado en este caso por motivaciones de oportunismo legislativo..., sino que cabe interpretarla también como una rigurosa toma de posición sobre el grave tema dogmático que plantea la construcción de la institución misma» (*op. cit.*, pág. 166). La Ley de Expropiación ha eliminado, al construir su teoría de la responsabilidad, los elementos de ilicitud y culpa, para apoyarse en el criterio de la lesión. Lesión sería el perjuicio antijurídico, desplazándose la antijuridicidad de la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. «De ese principio —añade el autor—, la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la actua-

ción se corresponde con obligación del administrado de soportar dicha actividad justificada por el interés público que se satisface, pero que determina el nacimiento de un derecho a reclamar indemnización por parte del perjudicado; por contraste, la actividad ilícita de la Administración que causa un daño al particular justifica cabalmente el derecho de éste a exigir que la Administración le repare el daño causado. La teoría de la indemnización expropiatoria y la teoría de la responsabilidad patrimonial surgen, por tanto, con fundamentos jurídicos diferentes, consagrados por cierto en nuestra Constitución en preceptos también diferentes: el artículo 33.3, que establece la indemnización expropiatoria (es decir, por la privación de bienes o derechos de los particulares por causa justificada de utilidad pública o interés social), y el artículo 106.2, que consagra el derecho a indemnización por las lesiones sufridas en los bienes y derechos de los particulares cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

3. Para llegar a esta situación se ha debido recorrer, empero, un largo camino. Como se ha visto, en una primera etapa lo característico del poder público es imponerse sin compensación alguna; una segunda etapa se caracteriza por la juridización parcial del sistema, así es que, en la medida en que se conceden facultades a la Administración para sacrificar legítimamente (es decir, con título jurídico para ello) los derechos e intereses de los particulares, se reconoce simultáneamente el derecho de éstos a reclamar indemnización compensatoria; en fin, en una tercera etapa la teoría de la responsabilidad civil o patrimonial elaborada por el Derecho privado (y ba-

ción personal del sujeto a quien se imputa tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto que, por la propia virtualidad de esta última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil» (*op. cit.*, pág. 177).

La tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA se resume, pues, en lo siguiente: desplazar el punto de vista de la conducta del sujeto responsable (existencia de culpa) al de los efectos que el hecho produce en un patrimonio. Así, la responsabilidad se da siempre que alguien soporta un daño que no está jurídicamente obligado a sufrir. A nuestro juicio, empero, se trata de las dos caras de la misma moneda: ¿acaso el expropiado —que tiene obviamente derecho a ser indemnizado— no tiene el deber jurídico de soportar la expropiación? En cierto sentido, este cambio de perspectiva significa sustituir el principio de enriquecimiento sin causa que, como título de pedir, justifica tantas reclamaciones indemnizatorias, por el que me atrevería a denominar «principio del empobrecimiento sin causa».

sada fundamentalmente en la existencia de dolo, culpa o negligencia) se acepta y recibe en el Derecho público, incluso ampliándola, a la responsabilidad objetiva «por riesgo».

El objeto de las presentes consideraciones excluye todo lo relativo a la teoría de las indemnizaciones expropiatorias; esto es, de las indemnizaciones exigibles a la Administración Pública por las privaciones o sacrificios de derechos e intereses particulares, consecuencia del ejercicio legítimo del poder. Nos ocuparemos, en cambio, de la que, para entendernos, llamamos «teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado» y la tesis que se va a mantener es la de que, de una parte, el dato de que los servicios públicos hayan funcionado normal o anormalmente no es indiferente a la hora de reconocer la indemnización; de otra, que la teoría del *riesgo objetivo* —sin llegar a una socialización de la responsabilidad— se aplica en el Derecho público con más extensión que en el Derecho privado.

Dicho de otra forma: en Derecho administrativo español coexisten dos sistemas de responsabilidad: 1) la responsabilidad por «mal funcionamiento del servicio» (que es una forma evolucionada de la responsabilidad «por culpa») y 2) la responsabilidad por «riesgo creado» que genera el funcionamiento «normal» de los servicios públicos cuando se dan determinadas circunstancias que justifican esta responsabilidad objetiva. Esta es la interpretación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico que, para limitar una aplicación extensiva y peligrosa del precepto, ha debido realizar la jurisprudencia. Por eso, en el primer caso el perjudicado debe probar el «mal funcionamiento», mientras que en el segundo basta con probar que el daño se ha producido.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL NO EXPROPIATORIA

1. Si la responsabilidad generada por el ejercicio legítimo del poder (indemnización expropiatoria) es una teoría propia del Derecho público, que supone la sustitución de la vieja idea de que el ciudadano ha de soportar sin compensación cualquier carga impuesta por los poderes públicos, por la idea —hoy generalmente admitida— de la igualdad ante las cargas públicas, que exige un solidario y equitativo reparto de las mismas, la responsabilidad patrimonial en sentido estricto, en cambio, es la consecuencia de la recepción en el campo *ius publicista* de la teoría civilista de la responsabilidad.

Esta recepción, por cierto, ha dado lugar a una evolución sorprendentemente paradójica (restrictiva al principio, notablemente expansiva al final), ya que:

a) También aquí, como en el caso de las expropiaciones, hubo que disociar —en un primer momento— el Estado-poder (que se manifestaba a través de los *actos de autoridad*) del Estado-persona privada (productor de actos de gestión).

b) En segundo lugar, referida inicialmente la responsabilidad al agente o funcionario directamente causante del daño, aparece la distinción entre la «falta personal» y la «falta del servicio».

c) En fin, la responsabilidad de la Administración actuante es reconocida por los textos positivos y por la Jurisprudencia, primero como subsidiaria y, después, como responsabilidad directa; lo cual, unido a la frecuente admisión del principio de la «responsabilidad por riesgo», diseña la situación actual.

Este es, por lo demás, el recorrido que se advierte comúnmente en los diversos ordenamientos jurídicos.

2. El sistema anglosajón ha recorrido ciertamente este camino. Prescindiendo del viejo *The King can do not wrong*, cuya influencia alcanza a tiempos bien recientes, la responsabilidad por daños sólo era imputable, hasta 1947, al funcionario causante de ellos. Bien es cierto, como hemos advertido en otra ocasión (7) que, de acuerdo con el Derecho común, cuando la Corona estimaba, dadas las circunstancias del caso, que debía asumir por sí la responsabilidad, intentaba un arreglo directo con el reclamante y, si esto fallaba, defendía —como si ella fuese la demandada— la posición en juicio del funcionario, pagándole, en caso de sentencia condenatoria, los daños y las costas. Con todo, el sistema tenía, a juicio de G. L. WILLIAMS, tres defectos fundamentales: en primer lugar, podía ocurrir que el particular perjudicado desconociese la identidad del funcionario que causó el daño; en segundo lugar, la Corona podía discutir en juicio si quien realizó el daño era o no su empleado, o si actuó en el desempeño de su cargo; finalmente, el funcionario responsable del daño pudo no haber infringido ningún deber respecto del reclamante, existiendo entonces la imposibilidad de obtener condena (8).

(7) Nos remitimos a cuanto queda dicho en el Cap. IV de la «Introducción», en el volumen I de mi *Tratado de Derecho administrativos*, 10.^a ed., 1987.

(8) Con todo, como dice LAWSON (*Le Droit administratif anglais*, en «Rev. Intern. de Droit comparé», 1951, en pág. 416), es posible que esta situación no hubiese

En 1947 se aprueba la *Crown Proceedings Act*, que sujeta a la Corona a responsabilidad por daños, como si se tratase de persona mayor de edad y con capacidad jurídica en los siguientes casos: 1.º Con respecto a los daños cometidos por sus funcionarios o agentes; 2.º Respecto a la infracción de aquellos deberes que, según el derecho común, tiene todo patrono para con sus sirvientes o agentes; y 3.º Respecto a la infracción de los deberes que, según el derecho común, tiene toda persona por razón de dominio, ocupación, posesión u otra forma de control sobre una propiedad (9).

La evolución de esta materia en los Estados Unidos de América es semejante a la anterior. Aquí, la herencia inglesa imponía al Derecho americano el principio de que «el Rey no podía causar daño», siendo un misterio —como agudamente observaba GARNER— que tal doctrina haya sido consagrada por los Tribunales de los Estados Unidos donde nunca hubo rey. Pero también en esta materia la situación cambia a partir de 1946 con la aprobación de la *Federal Tort Claims Act*, que establece el principio de que «los Estados Unidos serán responsables, siempre que haya culpa, de la misma manera y tan ampliamente como un particular en las mismas circunstancias». Esto supone, obviamente, que el Estado asume (responsabilidad directa) el riesgo de los daños cometidos por sus agentes, pues en relación con los particulares se aplica el principio *respondeat superior*. Las circunstancias, por tanto, necesarias para que la responsabilidad se declare son las siguientes: 1) que el funcionario administrativo haya cometido una falta; 2.) que el reclamante haya sufrido un daño; y 3) que exista una relación de causa a efecto entre la falta y el daño provocado (10).

sido modificada en 1947, a no ser por un desgraciado hecho que tuvo lugar después de la segunda guerra mundial. Un campo de minas, que durante la última guerra había sido colocado cerca de Liverpool, había ido perdiendo las señales que advertían del peligro, a causa de la arena acumulada por el viento. Unos muchachos que jugaban en las inmediaciones se introdujeron inadvertidamente a recoger una pelota y uno de ellos resultó muerto y los otros dos gravemente heridos. Para hacer posible la acción de responsabilidad, la Corona designó —según el uso frecuente— a uno de sus funcionarios para que desempeñase el papel de demandado. Mas cuando el asunto llegó en apelación a la Cámara de los Lores, éstos se encontraron ante una dificultad insuperable, puesto que únicamente podría considerarse responsable al ocupante del inmueble donde el accidente se había producido, y como ocupante del inmueble no aparecía el funcionario, sino la propia Corona. El dogma «The King can do not wrong» hacía imposible satisfacer la reclamación. Esto dio lugar a la reforma legislativa, que es amplísima, de la *Crown proceeding Act*.

(9) G. L. WILLIAMS, *Crown proceedings*, 1948, págs. 17 y 18.

(10) SCHWARTZ, *Le Droit administratif américain*, 1952 (hay edición americana de 1976), págs. 221 y ss. Hay que observar que el principio de la responsabilidad

3. En el Derecho alemán moderno la responsabilidad patrimonial de la Administración comienza formulándose como una responsabilidad *indirecta*, consecuencia de los actos ilícitos de los funcionarios, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil: «Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero por el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa —y no dolo—, sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma» (11).

En realidad, la traslación del deber de reparación desde el funcionario a la Administración se produce con el artículo 131 de la Constitución de Weimar, de 1919: «Si en el ejercicio de la potestad pública que le está confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza en principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallare el funcionario.» Este mismo principio, con ciertos matices, se reitera 30 años después en la Ley Fundamental de Bonn, en cuyo artículo 34 se prescribe: «Cuando alguien, en ejercicio de una función pública que le fuere confiada, violare los derechos que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el Organismo a cuyo servicio se encuentre» (12).

La última etapa de la evolución está constituida por la Ley Federal de 26 de junio de 1981 (*Staatshaftungsgesetz*). Desde el punto de vista que aquí interesa, resulta irrelevante el hecho de que la citada Ley haya sido anulada por sentencia del Tribunal Constitu-

del Estado sigue teniendo sus excepciones, las más importantes de las cuales son las siguientes: reclamaciones relativas a la pérdida de cartas u objetos postales; al reparto o percepción del impuesto y derechos de Aduanas; a daños causados por la imposición de medidas de cuarentena; a reclamaciones relativas a las actividades fiscales del Tesoro o a las actividades del Tennessee Valley Authority; a los daños causados por fuerzas militares y navales en tiempos de guerra. Con todo, la excepción más importante a la ley está constituida por el principio de que los actos dictados para la aplicación de una Ley o un reglamento, o en el ejercicio de poderes discrecionales, no dan lugar a responsabilidades, salvo que se pruebe que ha habido negligencia por parte del funcionario. Como señala SCHWARTZ (*op. cit.*, pág. 227), sólo en muy extraños casos un funcionario no actúa en ejecución de una ley o reglamento o con poderes discrecionales.

(11) F. SAINZ MORENO, *El Tribunal Constitucional Alemán declara la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, núm. 98 de esta REVISTA, 1982, págs. 381 y ss.

(12) Aparte del citado trabajo de Sainz Moreno, vid. A. EMBID IRUJO, *La Codificación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado: el ejemplo de la Ley Alemana de 26 de junio de 1981*, «REDA», núm. 34, 1982, págs. 354 y ss. Al final se incluye una traducción del texto de la citada Ley Alemana.

cional alemán de 19 de octubre de 1982; pues la nulidad se base en la incompetencia de la Federación para dictar este tipo de leyes que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley Fundamental corresponde a los *Länder* (a diferencia de lo que establece la Constitución española, cuyo art. 149.1,18 atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas»).

Aunque la Ley de 1981 supone la consagración definitiva de la responsabilidad directa del Estado, algunos comentaristas han querido, además, ver aquí el establecimiento de la responsabilidad objetiva. Esto, sin embargo, no resulta tan claro a nuestro juicio, para lo cual basta con analizar el contenido literal de la Ley. En efecto, he aquí el texto (13):

«Art. 1. *Responsabilidad del poder público.*

1. Cuando el poder público infrinja un deber de derecho público que le obliga frente a otro, responderá su titular (*el Organismo*) por los daños causados, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.»

«2. Se considera que se ha cometido una infracción de un deber de esta clase, cuando el *mal funcionamiento* procede de una organización técnica cuyo titular ejerce un poder público mediante esta organización técnica, y no mediante personas interpuestas, y el mal funcionamiento tenga el carácter de una infracción del deber de estas personas.»

«3. Las personas que cometan la infracción de un deber de esta clase no responderán frente al perjudicado.»

La idea de culpa, pues, no se ha eliminado; simplemente se ha sustituido (lo cual es la consecuencia lógica de que se imputa a Organismos y no a personas) por el concepto de «mal funcionamiento» de la Organización. Obviamente, este requisito nos aleja de la expresión «funcionamiento normal o anormal de los servicios pú-

(13) Seguimos, una vez contrastada con el original, la traducción de SAINZ MORENO.

blicos» que se contiene en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado vigente en España (14).

A mayor abundamiento, en el artículo 2.º de la Ley alemana, después de establecer que la reparación de los daños habrá de hacerse con dinero, se añade: «la reparación dineraria *no procederá* cuando la infracción del deber tampoco hubiera podido ser evitada con la observancia en el ejercicio del poder público del cuidado requerido por las circunstancias. La segunda regla no será aplicada al mal funcionamiento de las organizaciones técnicas» (15).

Dicho de otra forma: si la Administración demuestra que en el ejercicio de sus poderes se ha observado el cuidado requerido por las circunstancias, no hay indemnización; si bien cuando se trate de «organizaciones técnicas» el criterio decisivo es el de su «mal funcionamiento». En realidad, según la Ley, el único supuesto en el que puede hablarse sin reservas de responsabilidad objetiva se da cuando se trata de una «intervención antijurídica en un derecho fundamental», pues en tales casos la obligación de indemnizar se exige cualesquiera que sean las circunstancias del caso (16).

En fin, y para terminar con el panorama del Derecho alemán, veamos las referencias que en la Ley de 1981 se hace a la responsabilidad del Estado-Legislador. En el artículo 5.º, bajo la rúbrica «responsabilidad judicial y legislativa», se lee: «2. Si la infracción del deber consiste en un comportamiento antijurídico del legislador, habrá lugar a responsabilidad sólo cuando, y en la manera en que, una Ley lo determine. La responsabilidad por infracción del deber del poder ejecutivo o judicial que se basen exclusivamente en el comportamiento del legislador no queda afectada.» Precepto no demasiado claro que, según, la interpretación de la doctrina, implica: 1) cuando el daño se produzca por actos de aplicación de una norma legal realizados por órganos ejecutivos o judiciales, éstos responden ante el ciudadano, pero pueden ejercitar una acción de regreso contra quien ha establecido la norma; 2) cuando sea la Ley la que cause inmediatamente el daño al ciudadano, éste podrá plantear una reclamación únicamente fundada en motivos de orden constitucional, pero no, en cambio, en el efecto expropiatorio de la norma (17).

(14) Teóricamente, al menos, pocas leyes pueden compararse con el avanzado texto que se contiene en Ley española.

(15) EMBID IRUJO, en loc. cit., pág. 359.

(16) Loc. cit., pág. 370.

(17) Sobre la llamada «Responsabilidad del Estado Legislador», vid. nuestro trabajo en el núm. 118 de esta REVISTA, 1989.

Sin embargo, en el artículo 14 de la propia Ley, después de afirmar que no afecta a las pretensiones de indemnización por causa de expropiación o sacrificio para el bien común, se añade: «en el caso de que una intervención que, por aplicación de una Ley, causa una expropiación o sacrificio para el bien común, sea antijurídica, podrán deducirse, junto a las pretensiones previstas en los artículos 2 y 3, las pretensiones de indemnización garantizadas legalmente por causa de tal intervención».

4. En Francia, la construcción de la teoría de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es obra de la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, del Tribunal de Conflictos y de los propios Tribunales judiciales. Es, por tanto, el examen de esta jurisprudencia el que proporciona los datos suficientes para escribir la «pequeña historia» de la evolución de esta institución; el análisis de los casos resueltos —y no las grandes reformas legislativas— nos ponen en presencia de las razones por las cuales se trata de una evolución en *zig-zag*, en la que a una resolución atrevida sucede otra de talante restrictivo, antes de consolidar cada una de las conquistas que nos conducen a la situación actual. A. DE LAUBADERE lo ha sintetizado con gran precisión: «el punto de partida, en efecto, fue el principio de la *irresponsabilidad del poder público*, que, por lo demás, se encuentra en el origen de todos los Derechos públicos. A mitad del siglo XIX, la idea dominante era todavía que la responsabilidad del Estado no aparecía sino cuando actuaba como *persona privada*. El Estado soberano es irresponsable, salvo en los casos limitativamente previstos por la Ley; los perjuicios ocasionados por el juego de los servicios públicos son un riesgo a correr por los administrados y la compensación por las ventajas que estos servicios les procuran. A final del siglo XIX los autores comprueban todavía la existencia de estos principios, y si el *arrêt BLANCO* afirma la autonomía de la responsabilidad administrativa, lo es en el sentido de su aplicación restrictiva... Partiendo de aquí, la responsabilidad de la Administración se ha extendido en todos los dominios; esto se comprobará más adelante a propósito de los diferentes aspectos de la teoría, especialmente a propósito de los caracteres del hecho dañoso (desarrollo de la responsabilidad por riesgo), de la función pública en cuestión (aparición de una responsabilidad del Estado-legislador), etc. Hoy, la irresponsabilidad no es más que la excepción limitada a algunos terrenos muy particulares, y la compa-

ración entre el Derecho administrativo y el Derecho privado demuestra, en general, una responsabilidad más amplia en la primera de ambas teorías, con la excepción de algunos puntos aislados» (18).

Es, pues, una opinión extendida la de que es la competencia del Juez administrativo (es decir, el *Conseil d'Etat*) en las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración la que ha determinado el extraordinario desarrollo de esta teoría. Por contraste con el Juez administrativo —afirma WALINE— que repetidamente ha condenado a la Administración en supuestos en que no existe falta, el examen de la Jurisprudencia civil obliga a constatar que ésta, ligada como está por los textos legales, no puede pronunciar responsabilidad sin falta (19). De aquí, cabalmente, la importancia

(18) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5.ª ed., 1970, págs. 638 y ss.

(19) WALINE, en el Prefacio a la importante monografía de CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1957. Observa WALINE que existe un factor fundamental de diferenciación entre la responsabilidad civil y la administrativa: el restablecimiento necesario de la igualdad ante las cargas públicas. Porque ¿qué es, en efecto, admitir una responsabilidad, aparte de la de la víctima misma? «Es transferir la carga de un perjuicio de la persona de la víctima a la de un tercero; es reemplazar la incidencia natural de un perjuicio por una incidencia jurídica diferente.» En Derecho privado no hay razón alguna para que el Juez pueda realizar esta transferencia del perjuicio, a no ser la falta de este tercero (Art. 1.382 del Código Civil), o la voluntad del Legislador (Leyes sobre riesgo profesional). «No se comprende, en efecto, por qué si la víctima ha sido golpeada por un injusto destino, se la debe indemnizar al precio de una carga voluntariamente impuesta a un tercero no menos inocente que él.» «Por el contrario, en Derecho administrativo el perjuicio habrá sido causado a menudo de forma deliberada a la víctima, por la autoridad pública, que no podría ignorar que su acción lesionaría los intereses legítimos de la víctima eventual, pero que ha aceptado crear ese riesgo, e imponer tal daño inevitable, porque esto es la consecuencia de la actividad necesaria al interés público. Es una exigencia del interés público la que ha legitimado esta acción, no obstante los daños que pudiesen, incluso inevitablemente debiesen, producir. Es esto lo que impide cualificar como falta este daño deliberadamente infringido a los intereses de un ciudadano» (pág. 11). Se trata, pues —añade WALINE—, de un problema radicalmente diferente a los que conoce el Derecho privado. La admisión de una responsabilidad sin falta puede y debe ser más amplia que en Derecho privado porque los datos del problema son radicalmente diferentes (pág. 12). Obsérvese, sin embargo, que en la exposición de WALINE se mezclan supuestos de responsabilidad por actos legítimos de la Administración (es decir, operaciones expropiatorias) con aquellos otros que son los típicos de la responsabilidad patrimonial.

Afirma KORCHLIN (en *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII a 1873*, París, 1957, págs. 145 y 146) que durante el siglo XIX y hasta el famoso *arrêt* BLANCO existe un régimen bastante completo de reparaciones cuyo fundamento normal no está en la falta cometida por el Estado o sus agentes; los ejemplos más acabados son las obras públicas y la expropiación, pero hay que añadir un sistema excepcional o temporal de reparaciones en favor de las víctimas de medidas políticas o económicas. «En caso de daños por obras públicas o supresión de una industria, el Estado no comete falta: toma las medidas estimadas conformes con el interés público. No obstante, concede una garantía a las víctimas de estas operaciones. Esta concepción es extraña al Código Civil tal como era interpretado: se trata de lo que hemos llamado una responsabilidad fundada en

que se ha venido dando al ya citado *arrêt* BLANCO, que, al atribuir definitivamente al Juez administrativo el conocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado se convierte en hito fundamental para la evolución de la teoría (20).

Ahora bien, con independencia de si la causa determinante de la evolución de la teoría de la responsabilidad estuvo o no en la atribución de la competencia para conocer estos casos al Consejo de Estado, lo cierto es que, hasta llegar al momento actual, se han recorrido distintas etapas que brevemente resumimos a continuación:

a) *La irresponsabilidad del Estado por los actos de autoridad.*— Durante el siglo XIX, el principio de la irresponsabilidad del Estado se aplicó a los «actos de autoridad», como opuestos a los «actos de gestión»; únicamente estos últimos —tanto de acuerdo con las decisiones de los Tribunales Civiles como del propio Consejo de Estado— son los que generan responsabilidad patrimonial. En relación con los primeros podía afirmar LAFERRIERE: «Cuando se trata de actos del poder público, la regla que domina es la de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado. Esta regla se aplica en primer lugar a las relaciones del Estado con sus funcionarios. Los errores o las faltas cometidas por el superior jerárquico con respecto al inferior, no dan lugar a ninguna acción de indemnización contra el Estado... La misma regla se aplica a las decisiones tomadas en el ejercicio de

el riesgo. Sin embargo, este régimen, so pena de una extensión desmesurada, no podía concebirse fuera de textos legales que expresamente lo reconocieran.»

(20) La tesis de CHAPUS significa una profunda crítica a esta opinión generalizada. En efecto, según CHAPUS, la doctrina tradicional parte de la conexión entre la competencia (jurisdicción civil o administrativa) y el fondo del asunto, como base para la construcción de la responsabilidad administrativa. Esto tiene su origen en el célebre *arrêt* BLANCO (Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1973), en cuyo texto se decía: «Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados»; la conclusión, pues, a que llegaba el Tribunal de Conflictos es que sólo la Autoridad administrativa es competente para conocer de la responsabilidad. Esta misma doctrina había sido ya establecida por el Consejo de Estado en el *arrêt* ROTHSCHILD, de 6 de diciembre de 1855. Precisamente la obra de CHAPUS tiende a minimizar la diferencia entre las soluciones debidas al Consejo de Estado y a los Tribunales Civiles (por cierto competentes entonces en relación con las Corporaciones Locales). Un precedente de esta tesis se encuentra ya en anteriores formulaciones de EISENMANN.

los poderes de policía administrativa, bien se trate de reglamentos generales o de medidas individuales» (21).

El Estado-Poder era, en efecto, el Estado soberano, y en una época en que la responsabilidad estaba ligada sin excepción a la existencia de falta, existía una incompatibilidad absoluta entre las ideas de soberanía y de responsabilidad. Por el contrario, los *actos de gestión* hechos en interés de los servicios públicos pueden dar lugar a indemnización cuando constituyan falta perjudicial para los ciudadanos.

Contrastaba, empero, esta situación —y de aquí la heterodoxa tesis de CHAPUS (22) tan crítica frente a la mítica admiración a la Jurisprudencia del Consejo de Estado— con el hecho de que los Tribunales judiciales ordinarios, competentes para conocer el contencioso local, establecieron el contrario principio de que «los actos emanados de la autoridad administrativa y motivados por consideración de interés público (en especial, los actos de policía) no deben comportar atentado a los derechos de terceros... y la acción de reclamación de daños está siempre implícitamente reservada en los actos de esta naturaleza».

b) *La responsabilidad por los actos de autoridad.*—Es en los primeros años del siglo xx cuando el Consejo de Estado extiende a los «actos de autoridad» el principio de responsabilidad patrimonial. En 31 de enero de 1902 (*arrêt* GROSSON) entró en el fondo del asunto en relación con los daños derivados de medidas y operaciones de policía irregulares y en 27 de febrero de 1903 (*arrêt* ZIMMERMAN y OLIVIER) se condenó efectivamente al Estado a reparar el perjuicio derivado de decisiones particulares adoptadas por un Prefecto que había causado daño a particulares. El Comisario del Gobierno TEISSIER pudo afirmar «que la antigua regla de la irresponsabilidad del Estado en cuanto concierne a los actos de policía está seriamente amenazada si no definitivamente abandonada»; y, en efecto, así sucedió en ulteriores decisiones (*arrêts* TOMASO-GRECCO, de 10 de febrero de 1905, y LEONTIEFF, de 25 de mayo de 1906).

La evolución estaba acabada. En el caso TOMASO-GRECCO podía escribir el Comisario del Gobierno ROMIEU: «Es cierto que durante un largo tiempo la Jurisprudencia ha creído poder formular la regla de que los actos de policía y del poder público no eran susceptibles

(21) LAFERRIERE, *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, 2 vols., París, 1887-88, 2.ª ed., II, pág. 186.

(22) *Op. cit.*, págs. 197 y ss.

de generar la responsabilidad pecuniaria de la Administración. Pero se ha terminado por reconocer los inconvenientes, las contradicciones, las consecuencias inicuas a las que podía conducir esta fórmula demasiado absoluta» (23).

c) *La responsabilidad por hechos ajenos.*—Al igual que en Derecho español, el artículo 1.384 del Código de Napoleón establecía la responsabilidad de los padres, patronos, maestros, etc., por los daños producidos por aquellos sometidos a su tutela o vigilancia. Estamos ante una responsabilidad por hechos ajenos (*Fait d'autrui*). Tratándose de entidades públicas, la responsabilidad siempre habrá de explicarse con esta fórmula; sin embargo, actuando los agentes públicos en nombre de la Administración en la que servían, pronto hubo de sustituirse la explicación anterior aceptando el concepto de «falta del servicio» (*faute de service*).

El origen de esta expresión parece estar en las conclusiones del Comisario del Gobierno TEISSIER en el asunto *Le Berre* (29 de mayo de 1903), y se propagó rápidamente. La falta es obviamente del funcionario o agente, pero se trata de una *falta anónima*, «es decir, su autor no ha sido identificado o es desconocido, por lo que la falta se atribuye al servicio» (24). De lo anterior, se ha deducido una jurisprudencia según la cual «los funcionarios y agentes de las colectividades públicas no son responsables patrimoniales frente a dichas colectividades por las consecuencias indemnizables de sus faltas de servicio» (*arrêt* LARRUELLE, de 28 de julio de 1951).

Notas esenciales de esta teoría son, en primer lugar, que efectivamente se haya cometido una falta; en segundo lugar, que exista una relación de causalidad entre la función ejercida y el hecho dañoso. Pero también aquí es necesario matizar la evolución de la Jurisprudencia. En un primer período —hasta 1909— las entidades públicas no responden sino de las faltas leves cometidas por los agentes públicos, únicas que pueden considerarse «faltas de servicio»; mientras que las faltas más graves —que son siempre «faltas personales»— no comprometen la responsabilidad administrativa. Es a partir de *arrêt* del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1909 (*Compañía Comercial de Colonización del Congo Francés*) y 25 de junio de 1909 (*Carretier*) cuando se produce un importante giro. Más tarde el propio Consejo de Estado reafirma la doctrina en su conocido *arrêt* de 26 de julio de 1918 (*Epoux Lemonnier*) al

(23) *Op. cit.*, pág. 198.

(24) *Op. cit.*, pág. 206.

que pertenece el siguiente considerando que merece la pena recordar: «que las circunstancias de que el accidente probado fuese consecuencia de una falta de un agente administrativo nombrado para la ejecución de un servicio público, que tendría el carácter de falta personal suficiente para condenar a dicho agente por los Tribunales judiciales y por los daños producidos, y que incluso si esta condena hubiese sido efectivamente pronunciada, no deberá tener por consecuencia el privar a la víctima del accidente de poder reclamar directamente contra la persona pública, que tiene la gestión del servicio demandado, la reparación del perjuicio sufrido» (25).

d) *La responsabilidad por riesgo*.—Algún sector doctrinal ha podido hablar —por cierto, con una terminología nada convincente— de la responsabilidad «por el hecho de las cosas»; es decir, por la condición de propietario o guardián de una cosa. El origen de la sustitución del concepto de falta por el de «cosas peligrosas» se encuentra en un *arrêt* del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1924 (*Sociedad de Seguros Mutuos «Los Trabajadores franceses»*) que en materia de accidentes de automóviles decidió que, en razón de los peligros que su circulación producía «no era preciso establecer una falta del conductor para obtener reparación» (26). Y resulta curioso subrayar que el Consejo de Estado ha venido a establecer una lista de «cosas peligrosas» que, por tanto, comportan responsabilidad de las entidades públicas sin condicionarla a la existencia de falta. Estas cosas peligrosas son: 1) los cables de conducción eléctrica (*arrêt* NICOLAS, 11 de junio de 1913); 2) los cuerpos y sustancias explosivas (así se deduce de una continuada jurisprudencia que arranca de 1914); 3) la circulación de automóviles, así como la circulación aérea (*arrêt* 29 de julio de 1952, *Compalia de Seguros «La Urbana y el Sena»*, en cuyo caso el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por los daños causados por un avión que se estrelló en zona habitada); 4) el gas y la iluminación (*arrêt* de 9 de febrero de 1940, *Compañía Europea del Gas*); 5) las conducciones de agua cuando hay rotura de las cañerías (*arrêt* VILLE DE MARSEILLE, de 21 de marzo de 1947; 6) en fin, las armas de fuego cuando la policía hace uso de ellas, incluso en ausencia de toda falta (*arrêt* LECOMTE, de 24 de junio de 1949).

Pero hay que recordar también los límites que en esta materia ha establecido el Consejo de Estado. Así: 1) en el caso de accidente

(25) *Op. cit.*, pág. 240.

(26) *Op. cit.*, pág. 269.

de circulación en carretera, caminos, canales, etc., se exige que hayan sucedido por consecuencia «de un defecto de mantenimiento que presente un carácter anormal y negligente» (*arrêt* FIERFOL, de 25 de mayo de 1900), pues si el defecto de mantenimiento no es anormal no suele aceptarse la responsabilidad (*arrêt* 30 de junio de 1905). Sin embargo, en el *arrêt* VILLE DE MACONM (de 21 de julio de 1939) se declaró la responsabilidad por los daños sufridos por una persona que cayó en una zanja abierta en la vía pública, sin que existiese falta de la Administración, ya que «el riesgo creado por este estado de la obra pública municipal (como consecuencia de una manifestación la multitud acababa de derribar la barrera protectora) y que ha causado el accidente... entraña la responsabilidad de la ciudad». 2) En el caso de accidente causado a peatones o vehículos por la caída de árboles plantados al borde de la carretera, habrá que probar defecto en su mantenimiento por parte de la Administración (*arrêt* BAUSSART, de 2 de marzo de 1928). 3) En los accidentes por desprendimiento de rocas en una carretera también es necesario probar la negligencia administrativa. 4) En fin, en el caso de accidente por edificios en construcción habrá que demostrar el vicio de construcción o la falta y negligencia en su mantenimiento (*arrêt* 30 de abril de 1909, Ministro de Marina). 5) Por razón de obras públicas se reconoce indemnización cuando éstas «han hecho prácticamente imposible durante varios meses el acceso a un garaje... suponiendo una perturbación grave al comercio y la industria del interesado y que entraña inconvenientes que exceden de los que los vecinos de las vías públicas han de soportar sin indemnización» (*arrêt* LACOTE, 15 de marzo de 1940).

Ahora bien, ¿cuándo una cosa es peligrosa? Como dijo SAVATIER, «solo el daño causado puede demostrar que la cosa era peligrosa; toda cosa que se convierte en dañosa se revela peligrosa por sí misma» (27).

Para A. DE LAUBADERE, la teoría de las «cosas peligrosas» no es más que la ilustración de una idea más amplia según la cual la creación de un «peligro excepcional» equivale al riesgo excepcional que justifica la responsabilidad sin falta. Un ejemplo ilustrativo se encuentra en los daños causados con motivo de las «salidas de ensayo» de los internos de escuelas de educación vigilada, de establecimientos psiquiátricos y —añadiríamos nosotros— permisos con-

(27) *Op. cit.*, pág. 278.

cedidos a los internados en las prisiones del Estado. El Consejo de Estado ha admitido la responsabilidad patrimonial en estos casos (*arrêt TROUILLET*, 9 marzo de 1966 y *arrêt Departamento de la Moselle*, 13 de julio de 1967).

Hay que subrayar asimismo la actualidad que actualmente cobran algunas decisiones del Consejo de Estado por consecuencia de actividades peligrosas (*arrêt DAME SAULZE* de 6 de noviembre de 1968 relativo a una Institutriz que contrae la rubéola por consecuencia de su servicio, expuesto al riesgo de contagio). Así como la responsabilidad por accidentes provocados por vacunaciones obligatorias (*arrêt DEJOURS*, 7 de marzo de 1958, si bien una Ley de 1 de julio de 1984 consagró en estos casos la responsabilidad del Estado con motivo de las vacunaciones obligatorias, dejando resuelto el tema).

Para completar el panorama actual del Derecho francés sobre responsabilidad patrimonial del Estado, podemos referirnos a las dos resoluciones dictadas por el Consejo de Estado, con igual fecha, 26 de julio de 1982, que curiosamente afectan a temas planteados por reclamantes españoles. Se trata de la colisión en vuelo de dos aviones españoles, de las Líneas Iberia y Spantax, ocurrida sobre territorio francés el 5 de marzo de 1973, como consecuencia de haberse hecho cargo del control aéreo los servicios militares por huelga de los controladores civiles (28).

El Consejo de Estado admite que los servicios de control han cometido en este caso *faltas graves (fautes lourdes)* imputables al Estado en tanto que ninguna ha podido ser imputada a los pilotos. Como comenta F. MODERNE, el Derecho administrativo francés no deja lugar a dudas sobre el sistema de responsabilidad aplicable en estos casos. La responsabilidad del poder público se sigue apoyando en la idea de «falta del servicio» (*faute de service*); la teoría del riesgo, en ausencia de disposiciones legislativas expresamente aplicables, no parece ser aplicable a las actividades propias de los servicios de la navegación aérea, equiparables por cierto a los de la policía de seguridad, en relación con los cuales el Juez administrativo exige que la falta sea *grave*.

(28) F. MODERNE, *Condena al Estado francés por la colisión en vuelo de dos aviones españoles sobre su territorio*, en «RAP», núm. 98, 1982, págs. 348 y ss.

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Al igual que en los demás ordenamientos jurídicos, el Derecho español durante el siglo XIX parte de una situación en la que contrasta la relativamente satisfactoria protección formal de la propiedad a través del cauce de la expropiación forzosa que, en desarrollo del artículo 10 de la Constitución de 1876, se contiene en la Ley de 10 de enero de 1879, con la falta de garantías específicas frente a cualesquiera otras actuaciones de la Administración que produjesen daños a los particulares.

No se entienda, empero, que la posibilidad de reclamaciones indemnizatorias estuviese totalmente negada a los particulares. Por el contrario, el artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 no hace sino recoger una tradición anterior cuando dice:

«Art. 24. Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente, durante otro año, el recurso que corresponda ante los Tribunales ordinarios competentes, a que hubiere lugar en su caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno.»

Este precepto, por cierto poco comentado por nuestra doctrina administrativa, contiene, sin embargo, tres puntos cuya consideración debe subrayarse, a saber: 1.º establece la *posibilidad* de reclamaciones contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad; 2.º establece la competencia de los Tribunales *ordinarios* para conocer de estas reclamaciones, supuesto que no sean admitidas en vía administrativa; 3.º en fin, establece, desde el punto de vista procedimental, el plazo de prescripción de un año para formular la reclamación y, asimismo, la doctrina del silencio administrativo para el supuesto de que la Administración no responda expresamente a la reclamación formulada.

Ahora bien, puesto que no se establecen expresamente ¿cuáles pueden ser los supuestos que den lugar a indemnización? A mi

juicio, el término «hecho en que se funde el reclamante» es sumamente significativo; se descarta la referencia a «actos administrativos» para apuntar directamente a *actuaciones materiales* de la Administración y que, aparte de las expresamente sometidas al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa, incluyen desde las producidas con motivo de obras públicas realizadas por el Estado o Corporaciones públicas, daños en propiedades particulares por ocupaciones circunstanciales, maniobras militares..., hasta sacrificio de animales a causa de epizootias (hipótesis indudablemente expropiatoria).

2. Dicho esto, lo que interesa subrayar es que la idea de responsabilidad, por contraste con la expropiatoria, tiene su origen en el Derecho privado y su justificación en la actuación ilícita (culposa, negligente o dolosa) del sujeto causante del daño. Se comprende, por tanto, que su aceptación en el Derecho público, con la amplitud que actualmente la consagran ordenamientos jurídicos-positivos como el nuestro, haya tenido que superar, cuando menos, dos formidables obstáculos, a saber: 1) que la persona jurídica pública debe asumir directamente las consecuencias dañosas de la actividad de sus órganos y agentes (sin perjuicio de la acción de repetición que pueda iniciar contra ellos); 2) que el daño o lesión patrimonial sufrido por la víctima sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños (incluido comportamiento de la víctima y, desde luego, la fuerza mayor) que puedan alterar el nexo causal. Si a esto añadimos la curiosa restricción de que el «acto administrativo ilegal» (anulado como tal por la jurisdicción competente) no constituye *necesariamente* supuesto de «funcionamiento anormal» del servicio público, tendremos el esquema del vigente régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Pero veamos cómo se ha producido esta evolución:

a) El fundamento legal de la responsabilidad patrimonial se encuentra en el artículo 1.902 del Código Civil: quien por culpa o negligencia causa un daño a otro está obligado a reparar el daño causado.

El título jurídico para exigir indemnización se encuentra, aparte de la realidad del daño causado, en la actitud culposa o negligente (queda fuera ahora la consideración de la responsabilidad civil por

causa del delito) de quien lo causa. El Código Civil extiende los supuestos de responsabilidad entre sujetos privados a los supuestos de culpa *in vigilando* y a la «responsabilidad objetiva» (arts. 1.905, 1.903, 1.907 y 1.908); pero al referirse al Estado, todo son preven- ciones y cautelas. El Estado —se nos dice en el párrafo 5.º del art. 1.903— es también responsable por este concepto (culpa *in vi- gilando*) cuando actúa a través de un «agente especial», pero no cuando el daño sea causado por el funcionario al que está normal- mente atribuida la actividad realizada. En tal caso —que, no hay que olvidarlo, es el habitual en la actuación administrativa— el único remedio que quedaba en manos del particular para obtener resarcimiento a sus lesiones consistía en demandar directamente al funcionario causante del daño. Y aun esto con una serie de trabas procedimentales; pues con tal preciso objeto se dictó la Ley de 5 de abril de 1904, que exigía al particular que pensase iniciar una acción de responsabilidad civil contra algún funcionario público, que previamente le hubiese requerido por escrito mediante el llamado «recordatorio previo». El olvido (o desconocimiento) de este requi- sito implicaba la inviabilidad de la acción judicial ulterior.

En resumen: el sistema del Código Civil significa prácticamen- te la negación de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que se partía de un fundamento jurídico que la hacía imposible: el Es- tado, como persona pública, no puede delinquir, ni actuar culpable o negligentemente. Cualquiera de estas cosas sólo pueden hacerlas los funcionarios a título personal.

b) Un tímido paso hacia la responsabilidad *subsidiaria* del Es- tado y demás corporaciones públicas lo da la Constitución republi- cana de 1931 cuando dispone en su artículo 41.3: «Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con per- juicio de terceros, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán *subsidiariamente responsables* de los daños y perjuicios consiguien- tes, conforme determine la Ley.» Hay, pues, la remisión a una futura Ley que no llegó a dictarse.

Más lejos llegó indudablemente en esta materia nuestra legis- lación local. El Texto Articulado de la Ley de Régimen Local de 1955 ya nos dijo, en su artículo 405, que las Entidades Locales respon- derán directa o subsidiariamente por los daños que causen a los particulares la actuación de sus órganos de gobierno o funcionarios: y el artículo 406 nos aclara cuándo la tal responsabilidad es directa o subsidiaria, a saber: que haya habido, o no, culpa o negligencia

grave de la autoridad o funcionario causante del daño; pues en este último caso la responsabilidad de la Corporación Local sólo era subsidiaria. Se comprenden las dudas que al administrado se le habían de plantear en el momento de formular su reclamación bajo un sistema basado en tan sutiles distingos.

c) En realidad, la auténtica quiebra de las viejas ideas se produce con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, en cuyo artículo 121 se dice:

«1. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo.»

En relación con la solución de la Ley de Régimen Local hay que reconocer que las diferencias introducidas por la Ley de Expropiación son notables y que el paso definitivo para admitir una generosa teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado ya ha sido dado. Y, además, de una forma circunstancial: aprovechando la ocasión de que una Comisión de juristas, en el seno del entonces Instituto de Estudios Políticos, había recibido el encargo del Ministerio de Justicia de redactar una nueva ley de expropiación forzosa; excediéndose, por tanto, del ámbito formal del encargo, pasó a hablar de responsabilidad cuando sólo había por qué hablar de indemnización. En definitiva, fue el argumento práctico de que había que llenar la clamorosa laguna existente en nuestro Derecho positivo el que decidió a la Comisión a introducir las nuevas y progresivas bases sobre la ordenación legal de la materia.

Con todo, la Ley de Expropiación Forzosa ponía una limitación a sus posibilidades aplicativas: sólo podía reclamarse responsabilidad por daños sufridos precisamente en bienes expropiables, con lo que quedaban fuera, por ejemplo, los daños físicos a las personas, incluida la propia vida que, obviamente, no podía ser expropiada. Hubo, pues, que esperar a la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, para

que el proceso legislativo se cerrase. He aquí el contenido literal del artículo 40 de esta Ley:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»

Por consiguiente, cuando se inicia la redacción del texto constitucional puede afirmarse que la situación legal española es satisfactoria, incluso desde el punto de vista del Derecho comparado. Y lo que es más importante todavía: la jurisprudencia acepta plenamente la nueva situación (29), llegando en algunos casos a soluciones tan generosas que algún sector doctrinal las ha considerado con reservas (30).

d) Culminando la evolución descrita, el artículo 106.2 de la Constitución prescribe:

«2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

Lo que ha hecho, pues, este precepto es constitucionalizar los resultados ya alcanzados, a nivel de Ley ordinaria, por nuestro Derecho positivo. De todas formas, resulta necesario realizar algunas matizaciones:

a') Por lo pronto, indemnización y responsabilidad se tratan como dos institutos diferentes. El primero se contempla en el ar-

(29) J. M. QUIROGA DE ABARCA (*La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Madrid, 1988) recopila una abundante selección de dictámenes del Consejo de Estado en la misma línea interpretativa del Tribunal Supremo (vid. especialmente pág. 402 y ss.) que lamentablemente quiebra en informes más recientes.

(30) Así, NIETO en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974, a que haremos referencia en el texto. Cfr. del propio A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa*, en «Rev. Esp. de Dcho. Adm.» («REDA»), núm. 51, 1986, págs. 427 y ss.

título 33.3, del cual se desprende que la indemnización no es sino la conversión en su equivalente económico del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho del que su titular sea privado «por causa justificada de utilidad pública o de interés social». En estos supuestos (expropiatorios) la Administración actúa no ya sin culpa o negligencia, sino lícitamente; tan lícitamente que, supuesta la función social de la propiedad que se proclama en el artículo 33.2 cabe modelar la cuantía de la indemnización en relación cabalmente al cumplimiento de esa función (incluso se admite la expropiación-sanción). Por el contrario, la responsabilidad se regula en el artículo 106.2 y el uso de la palabra «indemnizados» no nos debe confundir sobre la naturaleza de la acción de responsabilidad que se atribuye al particular lesionado.

b') No se hace referencia a los daños producidos por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, lo cual —aparte de que cada vez son más difíciles de admitir— no significa que no sean o no puedan ser fuente de responsabilidad (31).

c') En fin, los casos de fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Aquí basta que nos remitamos a la problemática que estos casos plantean en la teoría general del Derecho. Cabe preguntarse si los perjuicios y daños sufridos por los particulares como consecuencia de atentados terroristas se deben calificar como fuerza mayor o como anormal funcionamiento de los servicios públicos (de seguridad, en este caso). La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 nos dice: «no puede confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado, que es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una persona por la realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en este caso la indemnización debida recae sobre la persona criminalmente y no sobre toda la comunidad, salvo que el Estado, por razones de solidaridad con las víctimas, decida, mediante una disposición con rango suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización». La tal disposición «con rango suficiente» ha sido efectivamente promulgada y se contiene en la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre (arts. 24 y 25).

(31) J. M.^a BOQUERA, «La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa», en *Estudios homenaje a JORDANA DE POZAS*, t. III, vol. I, 1961, págs. 195 y ss.

IV. LA COEXISTENCIA DE LAS VARIAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. La literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 40 de nuestra Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) e incluso la propia redacción del artículo 106.2 de la Constitución (a pesar de que aquí se suprime la alusión directa al funcionamiento normal) podría conducir a pensar que nuestro sistema consagra en toda su amplitud la responsabilidad objetiva de la Administración, sin posibles excepciones, o, lo que es lo mismo, una auténtica «socialización de la responsabilidad» que asegura globalmente al ciudadano en sus relaciones con las Administraciones Públicas. La propia jurisprudencia del T. S., ante la necesidad de analizar las circunstancias de cada caso concreto, ha oscilado entre interpretaciones generosas y otras bastantes más restrictivas que ciertamente no sirven más que para desconcertar al hipotético reclamante. A. NIERO (32) ya subrayó este riesgo, con bastante buen sentido: «La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial... Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. Es importante también encontrar un punto de equilibrio sin oscilar pendularmente, como hasta ahora viene haciendo la jurisprudencia en su casuística, entre desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer excesivamente generosas.»

Sentencias posteriores a la opinión transcrita —y puede servir de buen ejemplo la de la Sala 4.^a del TS de 6 de julio de 1988— han de «rizar el rizo» para encontrar el argumento exculpatorio para la Administración, al no haberse podido demostrar el *anormal funcionamiento* del servicio público, buscando la salida por la vía de la ruptura del nexo causal (33).

(32) En *La relación de causalidad...*, cit., pág. 90.

(33) Como se dice en la referida sentencia, «todos los esfuerzos del apelante se dirigen a tratar de demostrar que en dicha fecha era un enfermo socialmente peligroso (*proceso de esquizofrenia*), por lo que el Director del establecimiento debió adoptar las pertinentes medidas para acordar su reclusión, pero es lo cierto que tal empeño no encuentra más apoyo que la declaración prestada por los médicos forenses en el acto del juicio oral de la causa penal seguida por el desgraciado suceso... insuficientes a todas luces para lograr el efecto pretendido... En consecuencia, si entre el daño ocasionado por el comportamiento violento y su salida

A nuestro juicio, empero, lo cierto es que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico engloba diversos supuestos de responsabilidad; o dicho de otra forma: a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial *no es indiferente* que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal. El examen de la jurisprudencia demuestra cabalmente que en muchos casos en los que la indemnización ha sido concedida lo ha sido porque el funcionamiento del servicio no ha sido correcto y que, por consiguiente, si se hubiese demostrado lo contrario, no habría lugar a indemnización.

Por nuestra parte, así lo hemos mantenido en otra ocasión ofreciendo el análisis de una serie de ejemplos significativos (34):

— Ejemplo número 1: Supongamos que la falta de señalización en una carretera estrecha y deslizante y con baches imprevistos da lugar a un accidente automovilístico; una acción de responsabilidad contra la Administración estaría aquí perfectamente justificada y, de hecho, la jurisprudencia ya se ha manifestado en este sentido. Ahora bien, si la carretera está bien señalizada, ¿no resulta correcto pensar que la responsabilidad se traslada a la víctima? La diferencia se encuentra aquí, obviamente, en que el funcionamiento del servicio sea normal o anormal, lo cual, por otra parte, resulta ser un criterio más correcto que el de determinar si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. Por otra parte, resulta también evidente que la anormalidad es un concepto variable y circunstancial: la señalización correcta a que se refiere el ejemplo puede razonablemente esperarse de la Red Nacional de Carreteras españolas en 1989; pero no podía esperarse hace cincuenta años o actualmente en caminos rurales o de montaña.

En resumen: el funcionamiento anormal del servicio se convierte en estos casos en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad.

— Ejemplo número 2: Un enfermo atendido por la Seguridad Social sufre lesiones graves o muere por culpa o negligencia grave

del hospital —casi cinco años antes— falta el nexo causal preciso para que aquél pudiera estimarse consecuencia del obrar de la Administración en el funcionamiento del servicio, forzoso es confirmar la sentencia apelada, ya que para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesario que el daño o lesión patrimonial sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, inmediata, y exclusiva de causa a efecto». Obsérvese, sin embargo, que lo que realmente queda demostrado es que no habido funcionamiento *anormal* del servicio.

(34) Me remito al volumen II de mi *Tratado*, ed. 1988, págs. 225 y ss.

de los médicos (de la Seguridad Social) que lo atienden. Supuesto que la Seguridad Social sea un servicio público, parece que hay aquí base para pedir responsabilidad a la Administración (no sólo a los médicos) alegando el argumento del mal funcionamiento del servicio. Ahora bien, ¿tendría el mismo éxito la acción de responsabilidad si el servicio funcionó correctamente y los médicos no incurrieron en culpa ni negligencia? Personalmente estimo que no, y además consideraría aquí ocioso discutir un «deber jurídico de soportar el daño».

— Ejemplo número 3: Una resolución administrativa suspende una publicación periódica por presunta infracción de la legislación vigente, causando un daño económico a la empresa editora, perfectamente mensurable. Si se trata de solicitar la reparación de tal daño, ¿acaso es indiferente que la jurisdicción contencioso-administrativa anule en su día o confirme la referida resolución administrativa? La contestación negativa me parece indiscutible. Como también lo es la diferencia de este supuesto con otro en el que la suspensión se dictase por consideraciones, por ejemplo, de política exterior y en uso de facultades discrecionales que a tales efectos puedan estar concedidas a la Administración; entonces la indemnización procedente tendría su causa en el ejercicio de auténticas facultades expropiatorias, no fiscalizables en vía contencioso-administrativa.

— Ejemplo número 4: Un polvorín militar explota; un edificio público se derrumba, hundiendo propiedades privadas colindantes; un avión del Estado se estrella causando daños en una finca privada. En estos casos hay una responsabilidad objetiva del Estado, aunque el funcionamiento de los servicios públicos haya sido normal.

¿Por qué en unos casos hay que determinar si el funcionamiento del servicio ha sido normal o anormal y en otros casos no; o si la actividad administrativa causante del daño fue o no ilegal; o si la intervención del funcionario es o constituye negligencia capaz de determinar responsabilidad directa del Estado? A mi juicio, la respuesta es clara: el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (que por definición no incluye las indemnizaciones expropiatorias) engloba y yuxtapone, sin reducirlos a fundamento jurídico único, una serie de títulos jurídicos para fundamentar la petición de responsabilidad que se complementan mutuamente. No es cierto, por tanto, que por el puro dato de que el particular que sufre el daño se haya puesto en contacto con la Administración, ésta responda; pero, eso

sí, cuando deba responder lo hace siempre directamente (incluso en los casos de culpa o falta del funcionario), sin perjuicio de que luego repita sobre sus agentes.

En resumen: nuestro ordenamiento positivo ampara diferentes títulos para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, tal como se sistematiza en el cuadro que se ofrece a continuación:

- A) Responsabilidad por actuación culpable o negligente de la Administración:
 - a) Responsabilidad por actos administrativos ilegales.
 - b) Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.

- B) Responsabilidad objetiva sin falta:
 - a) Responsabilidad por actuaciones materiales no ilegales que causan daños a terceros (funcionamiento normal de los servicios públicos).
 - b) Responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo.
 - c) Responsabilidad por actos no fiscalizables (y no anulables) en vía contencioso-administrativa.

Examinamos a continuación los distintos supuestos enunciados.

2. Afirmar que la Administración debe responder por los daños causados por un acto administrativo ilegal, anulado como tal por la propia Administración o por la Jurisdicción contencioso-administrativa, parece una obviedad que no necesita demostración. Sin embargo, y por sorprendente que parezca, la idea de establecer una relación de causa a efecto entre anulación y responsabilidad choca con un muy generalizado rechazo, tanto legislativo como incluso jurisprudencial y doctrinal. En primer lugar, porque se supone que la anulación del acto administrativo constituye, de suyo, suficiente satisfacción para el recurrente; en segundo lugar, porque ligar la indemnización a la anulación podría significar un auténtico desastre para las Haciendas Públicas; en fin, y desde el punto de vista del particular recurrente, incluso podría significar un obstáculo añadido a sus pretensiones de nulidad, pues no es de olvidar la

«prudente» postura que los Tribunales suelen adoptar cuando de condenar al Estado se trata.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho positivo, el propio artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, tan generoso, como se ha visto, en relación con las actuaciones materiales de la Administración (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), añade la siguiente cautela en su párrafo 2:

«La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización.»

Quede claro, sin embargo, que la indemnización no se niega; simplemente no se establece como regla general. Si el particular demuestra que el daño causado por el acto administrativo ilegal es «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas», está claro que la indemnización deberá concederse. Esta es, por lo demás, la regla que se contiene en el artículo 232 de la vigente Ley del Suelo (Texto Refundido de 9 abril 1976).

Tanto la doctrina (35) como la jurisprudencia admiten en principio esta fuente de responsabilidad. En la práctica, sin embargo, las restricciones y cautelas, especialmente por parte de la Jurisprudencia, son tantas que invitan a preguntarse acerca de su justificación. Hay, por ejemplo, una materia en la que el reconocimiento de indemnización es la regla general: cuando se trata de la anulación de actos administrativos que han impuesto la sanción de separación —o simple suspensión temporal de funciones y retribuciones— a un funcionario público. Hay otros casos, sin embargo, en los que el destino de la reclamación indemnizatoria es bastante más incierto: cuando se trata de clausura de establecimientos (después declarada ilegal) o suspensión de construcciones o edificaciones, después declaradas ilegales. Así, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1987 niega la procedencia de indemnización (alegando la falta de prueba de los daños y perjuicios ale-

(35) A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Cívitas, 1981, págs. 215 y ss. LEGUINA (*La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2.ª ed., 1983, págs. 329 y ss.) advierte sobre la reticencia de los jueces españoles a admitir este tipo de responsabilidad, aunque «algunas sentencias aisladas merecen ya una rectificación». Los comentarios más agudos, en A. NIETO, en el prólogo al cit. libro de BLASCO ESTEVE.

gados) en relación con la suspensión de un proyecto de urbanización, debidamente aprobado, cuya suspensión fue decretada (por entender que se trataba de paraje pintoresco) por la Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural, durante aproximadamente cuatro años; suspensión posteriormente levantada por el propio Tribunal Supremo. Doctrina que contrasta con la establecida por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985: la Administración está obligada a indemnizar a un instalador electricista al que se privó, mediante sanción administrativa, del carné profesional, por la demora injustificada en la remisión del informe y del expediente administrativo por la autoridad sancionadora al Director General, que estimó el recurso de alzada interpuesto contra la sanción.

Un examen exhaustivo de la Jurisprudencia en esta materia nos llevaría a la conclusión de que la casuística prima sobre los principios generales; o, dicho de otra forma, que el Tribunal Supremo tiene en cuenta, de una parte, la gravedad de la ilegalidad que la Administración comete y, de otra, la importancia del daño sufrido por el particular. Lo cual nos reconduce a la utilización del criterio que, a nuestro juicio, sirve asimismo para distinguir —como luego se verá— los supuestos de indemnización por funcionamiento normal o anormal del servicio público. La ilegalidad, en suma, produce o genera indemnización cuando constituye un supuesto de *mal* funcionamiento del servicio público y *conjuntamente* se dan las circunstancias y requisitos para que, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, el particular deba ser indemnizado. En este sentido debe interpretarse la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988, en la que se lee:

«El proceso se entabla contra la desestimación tácita de la petición de declaración de responsabilidad patrimonial de la... Junta de Andalucía, como consecuencia de la suspensión... de los efectos de la licencia municipal de obras concedida por el Ayuntamiento de X... para la ejecución de 46 apartamientos, garages, locales comerciales y de espectáculos, así como la consiguiente paralización de las obras... Lo que dio lugar al recurso en el que recayó sentencia en 3 de abril de 1981... que declaró no ajustado a derecho el Acuerdo de suspen-

sión, decretando el levantamiento de la misma y la subsecuente paralización de las obras.»

«La responsabilidad de la Administración por los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos... requiere para su efectividad que se acredite: a) la cierta realidad del daño evaluable económicamente e individualizado; b) que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público en relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera interferir alterando el nexo causal y c) ausencia de fuerza mayor...»

La Sentencia entiende que «si no se hubiese producido la paralización indebida, las obras, salvo prueba en contrario, pudieron finalizarse antes de la temporada veraniega de 1981, mientras que, por el contrario, ello no fue posible hasta un año después, de modo que existe ese daño que parece cierto y efectivo».

Obsérvese, pues, que la ilegalidad del acto se mide cabalmente por sus efectos; lo que, en cierto sentido, significa reconducir la indemnización por actos jurídicos a la responsabilidad por actuaciones materiales.

3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por funcionamiento *anormal* del servicio público está expresamente contemplada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico. Entiendo que se trata de un supuesto específico de responsabilidad desde el momento en que quede demostrado que en determinados casos la declaración de indemnización se hace precisamente porque el servicio ha funcionado mal (es decir, anormalmente); en el bien entendido de que, si hubiese funcionado bien, la responsabilidad no se declararían. Válganos como ejemplo la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1988: como consecuencia de una denuncia (que luego no prosperó) fue detenido por la Policía, estando reunido en claustro, un Profesor de EGB que, como consecuencia, hubo de soportar «las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la policía, pues a pesar del trato correcto de que fue objeto tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, com-

partir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas a la salida del Colegio acompañado por la Policía, a la salida de la Comisaría para subirse en dicho coche celular... y, para colmo de males, su fotografía se encuentra actualmente en los ficheros de la Policía, en el mismo cajón de fotos que se enseñan o exhiben a los ciudadanos que acuden a la Policía para identificar a violadores de mujeres...». Pues bien, para el Tribunal Supremo, el funcionamiento de la Policía fue *absolutamente normal*, por lo que no hubo lugar a indemnización (36).

Por contraste, no faltan las Sentencias en las que la causa de la indemnización se establece expresamente en el anormal o defectuoso funcionamiento del servicio público. Así, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1974 reconoce la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la demolición, ordenada y ejecutada por el Ministerio del Aire, de un hotel situado en las proximidades de las pistas de un aeropuerto. Lo curioso de esta Sentencia es que, planteado el recurso fundamentalmente sobre la procedencia o no de una indemnización expropiatoria, la Sala aplica en cambios los preceptos relativos a la responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público, consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea.

En la misma línea, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975 resuelve un curioso caso de responsabilidad de la Administración Local. Un enfermo mental internado en un hospital perteneciente a la Diputación Provincial de Granada se arrojó por una de las ventanas del edificio cayendo sobre una pareja de novios que casualmente pasaba por la acera, causando la muerte de él y lesiones a ella. Denegada la petición de indemnización en vía administrativa por la Diputación Provincial, fue reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada y confirmada por el Tribunal Supremo. De la doc-

(36) Aun así, la Sentencia —obligada por el texto del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico— se plantea a continuación si no obstante el funcionamiento *normal* que se acaba de apreciar se deriva responsabilidad en este caso. Y el Tribunal Supremo entiende que no, ya que «no es sólo que ni siquiera haya error o negligencia en la actuación policial, es que falta el nexo causal necesario para la imputación a la organización administrativa de los posibles daños causados por su funcionamiento normal». Entiendo, sin embargo, que el razonamiento es forzado y que las cosas son bastante más sencillas: no hay responsabilidad simplemente por que el funcionamiento del servicio ha sido normal.

trina que sienta en su Sentencia, se interesa subrayar: 1) que el servicio público «funcionó de modo defectuoso, puesto que dio lugar a que el enfermo se arrojase por la ventana en su intento de suicidio... resultado patrimonialmente atribuible a la Corporación, que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de terceros, puesto que el perturbado... no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina»; 2) que «sería igualmente responsable objetivamente la Corporación, aunque los servicios hubiesen funcionado perfectamente, ya que el enfermo procedía del edificio donde el servicio se prestó en relación con el cual señala el artículo 1.910 del Código Civil que el ocupante responde a los daños causados por lo que se arroje o caiga de un inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre objetos o personas». Obsérvese que, en cualquier caso, la Sentencia acude, en el caso de funcionamiento normal, a un supuesto clásico de responsabilidad (*fait des choses*).

En el mismo sentido la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1983, que declara la responsabilidad y consiguiente indemnización en el caso del hundimiento del buque «Urquiola» por entender que las cartas de navegación facilitadas al capitán del buque por la Comandancia de Marina *no eran correctas*. ¿Y si lo hubiesen sido?

La Sentencia de la Sala Cuarta de 22 de julio de 1988 resuelve un supuesto que, desgraciadamente, resulta ser frecuente en nuestras cárceles: la muerte de un recluso asesinado por sus compañeros. Para el Tribunal Supremo, el desarrollo de los hechos «implica que el servicio público de prisiones funcionó deficiente o anormalmente; el servicio de vigilancia en la galería en que ocurrieron los hechos brilló por su ausencia, las cerraduras de las celdas resultaron ser muy deficientes, en la comisión de los hechos tomó parte activa como coautor necesario un recluso adscrito al servicio y que gozaba de libertad de movimiento»... todo lo cual... «permite en este caso una imputación de negligencia a la gestión del servicio público carcelario que supone indudablemente una declaración de responsabilidad de la Administración». (En supuesto análogo, la Sentencia de la misma Sala de 15 de julio de 1988 declara que «... tratándose de una responsabilidad objetiva, no requiere más requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño». Sin embargo, a continuación se extiende sobre la «mala situación

y defectuoso funcionamiento de los servicios del Centro penitenciario».)

El suicidio de un enfermo internado en el Hospital Psiquiátrico dependiente de la Diputación Provincial de Badajoz conduce asimismo a la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 a declarar la responsabilidad patrimonial de dicha entidad pública por entender que «ha incurrido por lo menos en culpa *in vigilando* y es la negligente vigilancia de aquélla la que ha permitido el desencadenamiento de ese resultado de muerte». Hay que entender, a contrario, que si la vigilancia hubiese sido correcta no habría habido condena indemnizatoria. Y así se explica, en cambio, que se declare la obligación de indemnizar por los daños causados, *por falta de protección policial*, en una manifestación autorizada (Sentencia TS de 28 octubre 1986).

Tiene asimismo su fundamento en el *mal* funcionamiento del servicio la condena de indemnización del Ayuntamiento de P. que declara la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1987: el reclamante funda su reclamación en la muerte de su madre al caer en una sepultura abierta del cementerio municipal, no señalizada ni protegida. Y asimismo el anormal funcionamiento de un ascensor utilizado por la limpiadora que trabajaba en el Hospital de Maternidad, al abrirse la puerta de acceso indebidamente y provocando su caída al foso en la planta sótano, es el fundamento que acoge la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1988 para condenar a la Administración.

La pregunta, en todos estos casos, es siempre la misma: ¿y si no se hubiese probado el mal funcionamiento o la negligencia administrativa?

4. Si esto es así, ¿qué se requiere para que se declare la responsabilidad de la Administración cuando el funcionamiento del servicio público ha sido normal? ¿Se trata quizá de un exceso verbal del legislador que no tiene aplicación práctica posible? Ciertamente nuestro ordenamiento positivo ha abierto aquí un supuesto de responsabilidad sin falta que tiene su causa en el funcionamiento normal de los servicios públicos y su fundamento en un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas. Recordemos, en primer lugar, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1971, que, con un criterio inno-

vador que merece ser subrayado y alabado, reconoce el derecho a indemnización por los perjuicios causados a determinados vecinos de una calle cuyos domicilios e industrias resultaron perjudicados por privación de luz y ventilación y dificultad de acceder a los mismos con motivo de las obras públicas ejecutadas en las vías de acceso a una carretera general. La existencia de tales daños se da por supuesta en la Sentencia: al haberse elevado la nueva calle con respecto a la anteriormente existente, surge una vía de comunicación en forma de rampa que deja los accesos de las casas afectadas en una especie de fosa de difícil comunicación y de escasa luz y ventilación. Probada la existencia del daño o perjuicio, el Tribunal Supremo da lugar a la indemnización. Análoga doctrina se reitera en la Sentencia de la Sala Cuarta, de 9 de abril de 1985.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974 resuelve la reclamación de indemnización formulada contra el Estado español por una serie de ciudadanos y empresas españolas residentes en la Guinea Ecuatorial a los que impuso una fuerte multa el Presidente de aquella República «por haber colaborado con la prensa y Televisión española en las difamaciones e insultos proferidos al Jefe del Estado guineano, hasta el extremo de denominarlo terrorista». El fundamento de la reclamación consistía en entender que los daños sufridos en su patrimonio por los afectados por las multas habían sido consecuencia del funcionamiento de Televisión española, servicio público del entonces Ministerio de Información y Turismo. La Sentencia, marcando un auténtico hito en la doctrina sobre responsabilidad de la Administración hasta el punto de que algunos prestigiosos comentaristas han podido calificarla de sorprendente—, estima el recurso y, por consecuencia, condena a la Administración a abonar las reparaciones solicitadas.

Se comprenden los obstáculos de todo tipo que ha tenido que salvar la Sentencia para llegar a esta solución condenatoria. Por de pronto, uno aparentemente insalvable, a saber: la inexistencia de un claro nexo causal entre la actividad realizada por Televisión española y el daño sufrido por los reclamantes (que, en definitiva, sólo tiene su origen en una arbitraria e incontrolable actitud del entonces Presidente de la República guineana). Ahora bien, con todo, los imprecisos horizontes que para el tema de la responsabilidad abre la Sentencia que se comenta, se encuentran, sin duda alguna, en el mutuo refuerzo que se prestan, de una parte, la teoría de la responsabilidad objetiva y, de otra, la teoría que apoya indiscriminada-

mente los supuestos de responsabilidad e indemnización en el argumento negativo de la inexistencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado.

Pienso que entran también aquí los supuestos de responsabilidad que derivan de la condición de propietario de instalaciones o servicios. Por ejemplo, los daños producidos a los vecinos por la inundación que provoca la insuficiencia de desagüe de un colector municipal (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1988). En la ya citada Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1985, con argumentos parecidos, se condenaba a un Ayuntamiento por los daños y perjuicios causados por consecuencias del hecho de haberse inutilizado el acceso a un local, al ampliarse el espacio de entrada de los vehículos en una vía pública.

Evidentemente estamos en presencia, en los casos aludidos, de responsabilidad sin culpa (no hay falta del servicio; no ha funcionado anormalmente el servicio). Pero si intentamos justificar la sentencia condenatoria no basta con afirmar que el particular perjudicado no estaba específicamente obligado a soportar el daño que se deriva de la actuación administrativa. Curiosamente, salvo en los casos de actuaciones expropiatorias en los que sí existe la obligación de soportarlas, ¿cuándo comienza y termina esa obligación de soportar? Si el Ayuntamiento declara peatonal una calle del centro de la ciudad y se demuestra perjuicio a los comerciantes en ella instalados; si como ha hecho el Ayuntamiento de Madrid se establecen los «bordillos-bus» que impiden el aparcamiento de vehículos particulares ante los comercios instalados en la calle; si se desvía una carretera que atraviesa un pueblo o ciudad cuyos restaurantes y comercios viven precisamente del tráfico automovilístico, ¿cuál es el título para pedir indemnización?

Ni la falta o funcionamiento anormal del servicio (que, desde luego, si lo hay sería el título para reclamar), ni la socialización de los daños (momento al que no se ha llegado por ahora) serán suficientes para que se declare la responsabilidad de las Administraciones Públicas. El Tribunal dictará su Sentencia sintonizando con el grado de penetración que los principios de solidaridad e igualdad ante las cargas públicas tengan en un momento determinado. Lo bueno de la fórmula legal española está cabalmente en que no se ponen límites a una jurisprudencia que, en cada momento, pretenda estar a la altura de las circunstancias; lo malo, como se ha

advertido (A. NIETO), la incertidumbre que produce en el reclamante esta falta de criterios legales fijos que conducen a una situación de posible inseguridad jurídica.

5. Evidentemente, nuestro Derecho positivo (art. 106.3 de la Constitución y art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico) cubre perfectamente los supuestos de responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo que comportan el establecimiento o el funcionamiento de determinados servicios públicos. Ejemplos notorios serían el establecimiento de instalaciones nucleares o el uso de las armas de fuego por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Ahora bien, con independencia de la legislación especial que se dicte sobre esta materia (37), ¿qué ocurre cuando tal legislación no existe? Cabe preguntarse, por ejemplo, si los perjuicios y daños sufridos por los particulares como consecuencia de atentados terroristas deben calificarse como fuerza mayor, como anormal funcionamiento de los servicios públicos (de seguridad, en este caso, que no han sabido evitarlos) o como una situación de riesgo objetivo creada por las circunstancias. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 nos dice: «no puede confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado, que es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una persona por la realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en este caso la indemnización debida recae sobre la persona criminalmente y no sobre toda la comunidad, salvo que el Estado, por razones de solidaridad con las víctimas, decida, mediante una disposición con rango suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización. La tal disposición «con rango suficiente» ha sido efectivamente promulgada y se contiene en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre (arts. 24 y 25).

(37) La legislación básica en materia de energía nuclear está constituida por la Ley 25/1964, de 29 de abril; la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear; el Reglamento sobre cobertura del riesgo de daños nucleares (Decreto 2167/1977); el Reglamento sobre instalaciones nucleares aprobado por Decreto 2869/77 y el Reglamento sobre protección sanitaria de radiaciones (Real Decreto 2519/1982). Ahora bien, la catástrofe de Tchernovyl ha demostrado, una vez más, el carácter internacional que estas cuestiones comportan y la necesidad de revisar las convenciones internacionales hasta ahora vigentes. Piénsese que el Gobierno de la República Federal de Alemania había desembolsado ya en 1986 una suma de alrededor de 200 millones de marcos como adelanto por los perjuicios sufridos por los agricultores alemanes afectados por la citada catástrofe. Vid. P. REYNERS, «Le régime special de responsabilité nucléaire mis à l'épreuve par l'accident de Tchernovyl», en *Jornadas de estudio sobre presente y futuro sobre la legislación española en materia de energía nuclear*, Madrid, 1986, págs. 63 y ss.

Desde luego, aparte de los ya citados ejemplos de la explosión de un polvorín o de la caída de un avión de las Fuerzas Aéreas en zona habitada, son supuestos característicos, a mi juicio, de riesgo objetivo que da lugar a indemnización, los frecuentes pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en los que —sin culpa del militar o agente de las Fuerzas Públicas de Seguridad— el uso de las armas de fuego determina la muerte o lesión de un ciudadano. Así, cuando se admite la procedencia de indemnizar por la muerte de un joven que es alcanzado por los disparos de la Policía al huir por el tejado de una vivienda, sin atender las voces de «alto», cuando salía de hacer una visita nocturna a su novia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1982); o cuando se dispara por la Policía, causándole la muerte, a un detenido que intentó huir (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1985), etc.

6. Frente a los actos administrativos ilegales que no generan responsabilidad, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico admite —quizá como contrapartida compensatoria— la posibilidad de actos lícitos que generan responsabilidad. El artículo 40.3, en efecto, habla de aquellos casos en que «la lesión sea consecuencia de hechos o de actos administrativos no impugnables en vía contenciosa». Por supuesto que estos actos (actos de gobierno, o los expresamente excluidos por la Ley Jurisdiccional entonces vigente) podría pensarse que han desaparecido de nuestro ordenamiento positivo, una vez consagrado el principio de «cláusula general» que deriva del artículo 24 de la Constitución; pero sería equivocado creer que la hipótesis legal haya quedado totalmente obsoleta e inservible en materia de responsabilidad. Para empezar, están aquellos casos en los que determinadas actuaciones de los particulares —lícitas, por supuesto— están sometidas a previa autorización gubernativa: por ejemplo, una corrida de toros o un partido de fútbol (lo cual, tras acontecimientos recientes, podría convertirse en medida frecuente) es suspendido por la autoridad gubernativa cuando las localidades y otros gastos de montaje del espectáculo han sido ya realizados. Entiendo que se trata de supuestos que encajan perfectamente en la precisión del citado precepto legal; como asimismo aquellos otros en que un acto administrativo declaratorio de derechos es revocable, previa indemnización, por consecuencia de circunstancias sobrevenidas (art. 16 del Reg. de Servicios de las Corporaciones locales

de 17 junio 1955), como lo reconoce la Sentencia de la Sala 1.^ª del TS de 28 de octubre 1988.

Pero, además, si incluimos entre los no fiscalizables a los «no anulables»), entiendo que éste puede ser el procedimiento para plantear reclamaciones de indemnización al Estado como consecuencia de daños producidos por actos administrativos que aplican correctamente una Ley no declarada inconstitucional. El supuesto de más notoria actualidad lo constituyen ciertamente las peticiones de indemnización por los daños que genera la aplicación de la Ley 30/1984, que adelanta a los sesenta y cinco años la edad de jubilación de los funcionarios públicos. El acto administrativo que decreta la jubilación no es impugnabile (aunque formalmente lo sea) ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en tanto en cuanto se haya limitado a aplicar la ley al caso concreto del funcionario que cumple la edad prevista por la Ley para su jubilación. En estos casos basta con solicitar directamente la reclamación en vías administrativa y, desestimada ésta o producido el silencio administrativo, acudir ante los Tribunales de la Jurisdicción para discutir única y exclusivamente el tema indemnizatorio (BOQUERA).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A nuestro juicio, pues, y ésta es la tesis que aquí se ha mantenido, la teoría de la indemnización debe distinguirse de la teoría de la responsabilidad. Ahora bien, puesto que el término *indemnización* suele utilizarse indistintamente en unos y otros supuestos, una clasificación general de los casos en que el particular puede solicitar de una Administración pública indemnización por los perjuicios recibidos de la actuación administrativa, agruparía los siguientes:

1.º Supuestos en los que la Administración Pública sacrifica, en ejercicio lícito de sus propias potestades, bienes, derechos o intereses de los particulares en beneficio de un interés o una utilidad pública (expropiaciones, ocupaciones forzosas, sacrificio obligatorio de animales enfermos, etc.). En todos estos casos nos encontramos con indemnizaciones expropiatorias, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 33.3 de la Constitución española.

2.º Supuestos en los que la petición de indemnización tiene su causa en un acto administrativo ilegal, declarado así por la propia Administración o por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Administración debe responder aquí por su actuación negligente o culposa, al igual que lo haría un particular de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.902 del Código Civil. El fundamento legal se encuentra en el artículo 40.2 —a contrario— de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

3.º Supuestos en los que la Administración debe indemnizar por los daños causados por el mal o anormal funcionamiento de los servicios públicos. En tales casos, si se demuestra que el servicio funcionó correctamente, no hay lugar a responsabilidad. En tal sentido debe interpretarse el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico.

4.º Supuestos en los que el daño se produce como consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos y de actuaciones y operaciones administrativas legalmente realizadas (desviación de una carretera o cierre al tráfico de una vía pública, con los consiguientes perjuicios para vecinos y comerciantes instalados en la misma). No puede establecerse una regla general, pues las soluciones habrán de tener en cuenta las circunstancias del caso; por ejemplo, la intensidad y singularidad de los daños producidos y el beneficio que el resto de la comunidad haya obtenido de la actuación administrativa.

5.º Responsabilidad por riesgo objetivo, es decir, por los daños causados por la actuación de un servicio o de un establecimiento público cuyo normal funcionamiento puede, en ocasiones, producir daños a una persona o conjunto de personas (el avión militar que se estrella contra la zona habitada de una población).

6.º Supuestos de responsabilidad por daños causados por actos administrativos no anulables en vía contencioso-administrativa. En estos casos el acto administrativo es correcto desde el punto de vista legal; a su vez, la Ley que aplica no ha sido declarada inconstitucional. Pero si la aplicación al caso concreto implica daños individualizados, la indemnización podrá reclamarse, bien basándose en el sacrificio de un derecho o interés individual legítimo (supuesto expropiatorio) o simplemente «el daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». Obsérvese que por la vía de la indemnización por con-

secuencia de estos actos no impugnables (o mejor dicho, no anulables) en vía contencioso-administrativa se abre el procedimiento para plantear la reclamación por los llamados «actos del Estado-Legislator» (o responsabilidad del Estado Legislador) (38).

(38) Me remito a mi citado trabajo en el núm. 118 de esta REVISTA.